

Abgeleitetes Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_743/2017 vom 15. Januar 2018

ASTRID EPINEY*

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, BGer 2C_743/2017: Abgeleitetes Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen, AJP 2018, 653-656. Es ist möglich, dass die in der AJP publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

In einem neueren Urteil (BGer, 2C_743/2017 vom 15.1.2018) hatte sich das Bundesgericht zur Frage zu äussern, unter welchen Voraussetzungen Familienangehörigen von aufgrund des FZA Freizügigkeitsberechtigten ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zukommt. Das Bundesgericht übernahm – wie auch bereits in einer früheren Rechtsprechung – den Ansatz des EuGH, wonach Eltern eines aufenthaltsberechtigten Unionsbürgers dann ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zukommt, wenn der Unionsbürger selbst ansonsten aufgrund seines jungen Alters nicht von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen könnte.

I. Problemstellung

Das Freizügigkeitsabkommen gewährt auch nicht erwerbstätigen Unionsbürgern ein Aufenthaltsrecht, soweit sie über ausreichende Mittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts verfügen und krankenversichert sind (Art. 6 FZA, Art. 24 Anhang I FZA). Diese Voraussetzung kann auch von Kindern erfüllt werden, kann bzw. muss diesen doch von Dritten – in der Regel den Sorgeberechtigten – Unterhalt gewährt werden. In dem Urteil ging es letztlich um die Frage, unter welchen Voraussetzungen genau einem Kind und seinen sorgeberechtigten (drittstaatsangehörigen) Eltern aufgrund der genannten Bestimmungen ein Aufenthaltsrecht zukommt.

In seinem Urteil griff der Gerichtshof massgeblich auf die Rechtsprechung des EuGH (insbesondere das Urteil in der Rs. C-200/02, Zhu und Chen) zurück, so dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zunächst (II.) in Erinnerung gerufen werden soll, bevor die Erwägungen des Gerichts zusammengefasst (III.) und einer kurzen Bewertung (IV.) unterzogen werden sollen.

II. Zur Rechtsprechung des EuGH (insbesondere die Rs. C-200/02, Zhu und Chen)

* Prof. Dr. ASTRID EPINEY, Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht, Universität Freiburg.

In der Rs. C-200/02¹ bejahte der EuGH die Anwendbarkeit des Unionsrechts im Zusammenhang mit der Frage nach dem Aufenthaltsrecht eines Kleinkindes irischer Staatsangehörigkeit (das diese Staatsangehörigkeit allein aufgrund der Geburt in Nordirland auf der Grundlage des irischen Rechts erworben hatte) und seiner drittstaatsangehörigen Mutter in Nordirland. Letzterer müsse schon deshalb ein Aufenthaltsrecht zustehen, weil ansonsten dem Aufenthaltsrecht des Kindes die effektive Wirksamkeit entzogen würde.

Diesen Ansatz bestätigte der Gerichtshof in weiteren Urteilen, wobei insbesondere² drei Urteile zu erwähnen sind:

- In der Rs. C-86/12³ ging es um die Frage eines Aufenthaltsrechts einer Drittstaatsangehörigen als Familienangehörige von Unionsbürgern auf der Grundlage der Art. 20, 21 AEUV (Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger). Die drittstaatsangehörige Mutter von Zwillingen im Kleinkindalter, die französische Staatsangehörige sind, beantragte in verschiedenen Verfahren ein Aufenthaltsrecht in Luxemburg, wo die Zwillinge geboren und aufgrund ihrer Frühgeburt (medizinisch) betreut worden waren. Auch hier bejahte der Gerichtshof das Aufenthaltsrecht der Kinder (auf der Grundlage der RL 2004/38), dies allerdings nur, sofern die hierfür notwendigen Voraussetzungen (insbesondere ausreichende finanzielle Mittel) gegeben sind. Da sie dieses Recht aber nicht alleine ausüben könnten, stehe der für sie sorgenden Mutter ebenfalls ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht zu.
- In der Rs. C-165/14⁴ (sowie der Rs. C-304/14⁵) bestätigte der Gerichtshof seine Rechtsprechung in der Rs. C-34/09⁶. Danach steht Art. 20 AEUV nationalen Massnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird. Daraus folge, dass ein Aufenthalt im Unionsgebiet nicht verunmöglicht werden darf, so dass gegebenenfalls auch drittstaatsangehörigen Eltern eines minderjährigen Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht zu gewähren sei. Diese Grundsätze kommen – so der EuGH in den erwähnten Urteilen – auch dann zum Zuge, wenn ein drittstaatsangehöriger Elternteil vorbestraft war und seine Ausweisung zwangsläufig dazu führte, dass Kinder,

¹ EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), ECLI:EU:C:2004:639.

² S. ansonsten noch EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), ECLI:EU:C:2006:192, wo der Gerichtshof festhält, für die Bejahung ausreichender Existenzmittel reiche es aus, wenn «irgendjemand» diese Mittel zur Verfügung stellt und diese damit im Ergebnis vorhanden sind, ohne dass es darauf ankomme, ob eine Rechtspflicht zum Unterhalt besteht. S. ansonsten zur Rechtsprechung des EuGH betreffend abgeleitete Aufenthaltsrechte, insbesondere zum Familiennachzug, ASTRID EPINEY, Doppelbürgerschaft und Familiennachzug: zum Anwendungsbereich des FZA, AJP 2017, 752 (765 ff.).

³ EuGH, Rs. C-86/12 (Alopka), ECLI:EU:C:2013:645.

⁴ EuGH, Rs. C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675 (Rendón Marín).

⁵ EuGH, Rs. C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674 (CS).

⁶ EuGH, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 (Ruiz Zambrano).

die Unionsbürger sind, das Unionsgebiet verlassen müssten.⁷ Allerdings präzisierte der Gerichtshof auch, dass das Unionsrecht in einer solchen Konstellation nur (aber immerhin) einer Ausweisung allein wegen Vorstrafen entgegenstehe. Hingegen dürfe eine Ausweisung ausnahmsweise dann erfolgen, wenn das Verhalten des Drittstaatsangehörigen eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats berührt, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren sei.⁸

- Auch in der jüngst entschiedenen Rs. C-133/15⁹ hatte sich der Gerichtshof mit der Frage nach dem Aufenthaltsrecht eines sorgeberechtigten Drittstaatsangehörigen für einen minderjährigen Unionsbürger zu befassen. Konkret ging es um die genauen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein drittstaatsangehöriger Elternteil eines Kindes, das Unionsbürger ist und für das er sorgt sowie sorgeberechtigt ist, ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht in dem betreffenden Mitgliedstaat zusteht, weil das Kind ansonsten gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen (womit die Wahrnehmung des Kernbestands seiner aus Art. 20 AEUV folgenden Rechte verhindert würde). Der Gerichtshof hält in diesem Zusammenhang fest, es müssten alle Umstände des Einzelfalls im Interesse des Kindeswohls berücksichtigt werden, so insbesondere das Alter des Kindes, seine körperliche und emotionale Entwicklung, der Grad seiner affektiven Beziehung zu seinen Eltern und das Risiko, das mit der Trennung des Kindes von seinem drittstaatsangehörigen Elternteil für das innere Gleichgewicht des ersteren einherginge. Nicht zulässig sei es daher, ein Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils allein deshalb zu verweigern, weil der andere Elternteil, der Unionsbürger ist, in der Lage und bereit ist, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind allein wahrzunehmen, auch wenn dies ein ebenfalls zu berücksichtigender Gesichtspunkt darstelle. Der Drittstaatsangehörige dürfe aber verpflichtet werden, die Informationen beizubringen, anhand deren festgestellt werden kann, dass die Versagung seines Aufenthaltsrechts dem Kind die Möglichkeit nähme, den Kernbestand der aus dem Unionsbürgerstatus tatsächlich folgenden Rechte wahrzunehmen. Auf dieser Grundlage obliege es allerdings den Behörden, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen, um im Lichte aller Umstände

⁷ In einem Verfahren klagte ein allein sorgeberechtigter Vater eines Jungen spanischer Staatsangehörigkeit und eines Mädchens polnischer Staatsangehörigkeit (C-165/14). Die beiden minderjährigen Kinder haben sich stets in Spanien aufgehalten, wobei der EuGH in Bezug auf das polnische Mädchen auf die RL 2004/38 und die Rechtsprechung in EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), ECLI:EU:C:2004:639, zurückgriff. Im anderen Verfahren geht es um eine allein sorgeberechtigte Mutter eines Kindes britischer Staatsangehörigkeit, das mit ihr im Vereinigten Königreich lebt (C-304/14).

⁸ Zu diesen Urteilen ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2016 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.) Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, 2017, 69 (81 ff.). Grundlegend in Bezug auf den Kernbestand der Unionsbürgerrechte EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), ECLI:EU:C:2011:124; s. sodann EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), ECLI:EU:C:2011:734.

⁹ EuGH, Rs. C-133/15 (Chavez-Vilchez), ECLI:EU:C:2017:354.

des Einzelfalls diese Frage zu beantworten, könne doch ansonsten eine derartige Beweislastregel die praktische Wirksamkeit des Art. 20 AEUV beeinträchtigen.

Im Ergebnis bejaht der Gerichtshof damit unter direkter Bezugnahme auf das sich aus der Unionsbürgerschaft ergebende Freizügigkeitsrecht ein Aufenthaltsrecht sowohl von Kindern (die Unionsbürger sind) als auch ihren (drittstaatsangehörigen) Müttern (in Bezug auf letztere ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht, da sonst dem Aufenthaltsrecht der Kinder die effektive Wirksamkeit entzogen würde), dies allerdings unter der Voraussetzung des Bestehens einer Krankenversicherung der Kinder sowie der Sicherung des Unterhalts, damit eine Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates durch den Minderjährigen verhindert werde. So besteht das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger in einem anderen Mitgliedstaat unabhängig von dem grenzüberschreitenden Gebrauch der Freizügigkeitsrechte.

III. Urteil des Bundesgerichts

Das Bundesgericht stellte – nach der Bejahung der Relevanz der skizzierten Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere in der Rs. C-200/02 – in dem angezeigten Urteil klar, dass das durch den EuGH anerkannte abgeleitete Aufenthaltsrecht für sorgeberechtigte Personen nicht nur für einen, sondern auch für die beiden (im Ausgangsfall verheirateten) drittstaatsangehörigen Elternteile (die *in casu* die bolivianische Staatsangehörigkeit hatten) gelte, welche das Sorgerecht für das Kind wahrnehmen und ohne die letzteres sein Aufenthaltsrecht nicht wahrnehmen könnte. Dass im Ausgangsfall das die spanische Staatsangehörigkeit besitzende Kind im Ausland (in Spanien) geboren sei, sei im vorliegenden Zusammenhang unerheblich. Ebenso wenig sei relevant, dass der Aufenthalt der Eltern vorher (teilweise) illegal gewesen sei, ein Element, das auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine Rolle gespielt habe. Ganz abgesehen davon sei entscheidend, ob dem Kind ein Aufenthaltsrecht zukomme, was dann auch das abgeleitete Aufenthaltsrecht der Eltern begründen könne.

Ausgehend von diesen Erwägungen bejahte das Bundesgericht die grundsätzliche Einschlägigkeit der Art. 6 FZA, 24 Anhang I FZA. Es analysierte sodann die Frage, ob das Kind bzw. seine Eltern über ausreichende Existenzmittel verfügen, was nach einer genauen Prüfung der Einkommensverhältnisse bejaht wurde, dies obwohl die Einkünfte illegal (d.h. ohne Arbeitsbewilligung und während eines illegalen Aufenthalts) erzielt worden waren und obwohl der Vater – nach einer mehrjährigen beruflichen Tätigkeit bei einem Bauunternehmen – derzeit arbeitslos sei (und die Einkünfte derzeit massgeblich aus der Arbeitslosenversicherung stammen). Der vorherige illegale Aufenthalt der Eltern sei irrelevant, da es im Rahmen der erwähnten Bestimmungen des FZA lediglich (nur) darum gehe zu vermeiden, dass die Betroffenen der Sozialhilfe zur Last fallen.

IV. Bewertung

Das Bundesgericht erörterte die aufgeworfene Frage unter ausführlicher Bezugnahme und letztlich „Übernahme“ der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, dies in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung.¹⁰ Es betont im Weiteren (ebenfalls in Bestätigung seiner ständigen Rechtsprechung), dass es zwar aufgrund des Art. 16 Abs. 2 FZA (wonach vor der Unterzeichnung des FZA ergangene Urteile, welche sich auf in das Abkommen übernommene unionsrechtliche Begriffe beziehen, zu beachten sind) nicht verpflichtet sei, nach der Unterzeichnung des Abkommens erlassene Urteile zu beachten, diese jedoch gleichwohl im Hinblick auf die Zielsetzung des Abkommens, eine im Verhältnis zur Situation in der EU parallele Rechtslage zu gewährleisten, grundsätzlich als für die Auslegung der betreffenden abkommensrechtlichen Bestimmungen für relevant erachte, es sei denn, triftige Gründe (für die es in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts soweit ersichtlich kein einziges Beispiel gibt) sprächen dagegen.

Das Urteil überzeugt in jeder Beziehung, sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung. In Bezug auf die Frage nach der Relevanz von Urteilen des EuGH liegt es auf der überzeugenden bisherigen Linie der Rechtsprechung, die – auf der Grundlage der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens nach völkerrechtlichen Grundsätzen – die prinzipielle Relevanz auch der nach der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangenen Rechtsprechung bejaht, dies unter massgeblichen Rückgriff auf das Ziel des Abkommens, im Verhältnis zur Schweiz eine parallele Rechtslage – soweit auf Unionsrecht Bezug genommen wird – wie in der Union zu gewährleisten.¹¹

Der Rückgriff auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH lässt – wie das Bundesgericht zu Recht betont – die Bejahung der in dem Urteil aufgeworfenen Frage nach dem Aufenthaltsrecht des die spanische Staatsangehörigkeit besitzenden Kindes und seiner Eltern zwingend erscheinen, dies soweit ausreichende Existenzmittel und eine Krankenversicherung nachgewiesen werden. Insbesondere ergibt sich klar aus der bisherigen Rechtsprechung des

¹⁰ S. insbesondere BGE 135 II 265; BGE 142 II 35, in denen der Gerichtshof bereits auf EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), ECLI:EU:C:2004:639, Bezug nahm bzw. zurückgriff.

¹¹ Zur Auslegung des Abkommens bereits, mit ausführlicher Begründung, ASTRID EPINEY/BEATE METZ/BENEDIKT PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, 2012, insbes. 169 ff.; ebenso die wohl ganz herrschende Lehre, vgl. etwa FRANCESCO MAIANI, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; MATTHIAS OESCH, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, SJZ 2016, 53 ff.; MATTHIAS OESCH, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; THOMAS COTTIER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff.; BENEDIKT PIRKER, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 ff.

Gerichtshofs, dass es jedenfalls in einer solchen Konstellation für die Anwendbarkeit der Aufenthaltsrechte ausreichend ist, wenn die Betroffenen die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates haben (ohne dass es auf die grenzüberschreitende Ausübung des Freizügigkeitsrechts ankommt). Zu Recht bejahte das Bundesgericht auch das Aufenthaltsrecht beider Eltern (obwohl möglicherweise auch nur ein Elternteil für die Effektivität des Aufenthaltsrechts des Kindes „ausreichend“ gewesen wäre): Jeder andere Ansatz wäre wohl – ohne dass das Gericht auf diesen Aspekt eingeht – auch kaum mit dem Recht auf Familienleben in Einklang zu bringen. Überzeugend ist weiter die Irrelevanz eines vorherigen illegalen Aufenthalts der Eltern, geht es doch um das Aufenthaltsrecht des Kindes und seine Effektivität. Gesetzesverstösse der Eltern können in diesem Zusammenhang nur dann relevant sein, wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit mit sich bringen, womit eine Ausweisung gerechtfertigt werden könnte (wobei allerdings auch das Wohl des Kindes zu berücksichtigen ist).¹² Die (strengen) Voraussetzungen hierfür lagen aber im Ausgangsfall nicht vor. Dass auf diese Weise (wie vor dem Bundesgericht geltend gemacht wurde) Eltern ihren vorher illegalen Aufenthalt „legalisieren“ können, ändert an diesem Schluss nichts, da es ja – wie erwähnt – nicht um die Eltern, sondern das vertraglich gewährleistete Aufenthaltsrecht des Kindes geht.

Die Rechtsprechung (auch des EuGH) lässt jedoch auch noch eine Reihe von Fragen offen, die bislang nicht geklärt wurden bzw. werden mussten. So fragt es sich insbesondere, unter welchen Voraussetzungen einer Person ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht mit Blick auf die Effektivität des Aufenthaltsrechts eines Kindes zukommen kann. Geklärt ist diese Frage in Bezug auf sorgeberechtigte Elternteile sowie (verheiratete) Eltern. Noch ungeklärt ist jedoch, ob dieses abgeleitete Aufenthaltsrecht auch noch weitere Personen erfassen kann, z.B. tatsächlich für das Kind sorgende Personen, beide unverheiratete Elternteile oder getrennt lebende Eltern. Vieles spricht dafür, dass es hier wohl auf die Umstände des Einzelfalls ankommt und jedenfalls der Bezug zur Effektivität des Aufenthaltsrechts des Kindes ausschlaggebend sein muss.

Weiter spielte zwar im Ausgangsfall die „Illegalität“ des Verdienstes und damit die Herkunft der für die Existenzsicherung notwendigen Mittel insofern keine Rolle, als sich die Illegalität allein aus dem illegalen Aufenthalt ergab; fraglich könnte jedoch sein, ob die Sachlage ebenso zu beurteilen wäre, wenn die Mittel z.B. aus schweren Straftaten stammen. Zwar wird man wohl auch hier den Grundsatz heranziehen müssen, dass die Herkunft der Mittel *per se* irrelevant ist; jedoch ist es natürlich denkbar, dass sie bzw. die entsprechenden Straftaten zu dem Schluss führen können, dass die Betroffenen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen und somit eine Ausweisung gerechtfertigt sein kann.

Schliesslich stellt das Urteil auch – soweit ersichtlich in dieser Deutlichkeit erstmals – klar, dass bei der Frage nach den ausreichenden Existenzmitteln auch gewisse Einkünfte aus Sozialversicherungen (*in casu* der Arbeitslosenversicherung) zu berücksichtigen sind. Dieser

¹² Vgl. insoweit oben II. zur diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH.

Ansatz erscheint schon deshalb zwingend, weil Sinn und Zweck der Voraussetzung, über ausreichend Existenzmittel zu verfügen, nur (aber immerhin) darin besteht zu vermeiden, dass die Betroffenen der (beitragsunabhängigen) Sozialhilfe „zur Last fallen“. Bei beitragsabhängigen Leistungen – wie der Arbeitslosenversicherung – sowie bei Leistungen, die unabhängig von der Höhe der Einkünfte gewährt werden (wie bei zahlreichen Familienleistungen) vermag diese Zielsetzung jedoch keine Rolle zu spielen. Vielmehr stellen beitragsabhängige Leistungen letztlich eine direkte Konsequenz der vorher – bei der Arbeitslosenversicherung während der Erwerbstätigkeit – geleisteten Beiträge dar, so dass sie als „inhärente Bestandteile“ der erzielten Einkünfte angesehen werden können. Gleichzeitig ist nicht zu verkennen, dass sich diese Situation dann ändert, wenn die Beitragsberechtigung (wegen Zeitablaufs) dahinfällt: Dann stellt sich die Frage nach den ausreichenden Existenzmitteln wieder neu, und ggf. wird sie zu verneinen sein, was das Ende des Aufenthaltsrechts bedeuten kann. Dabei darf der zunächst rechtmässige Aufenthalt jedoch – so die Rechtsprechung des EuGH – nicht allein aufgrund der (punktuellen und vorübergehenden) Inanspruchnahme von Sozialhilfe beendet werden,¹³ woraus gefolgert werden kann, dass die Beendigung des Aufenthaltsrechts unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu erfolgen hat.

¹³ Vgl. EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458.